



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CONSTANTINO AZEVEDO DO NASCIMENTO

O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 603616/RO

FLORIANÓPOLIS – SC

2016

CONSTANTINO AZEVEDO DO NASCIMENTO

**O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 603616/RO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Antônio Carlos Brasil
Pinto.

FLORIANÓPOLIS – SC

2016

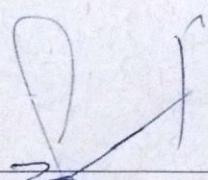
A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

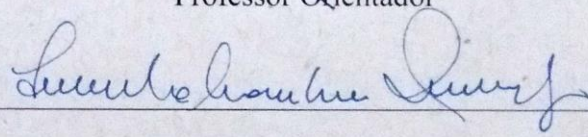
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado O Direito à Inviolabilidade de domicílio no Recurso Extraordinário 603616-RO, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Constantino Azevedo do Nascimento, defendido em 04/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

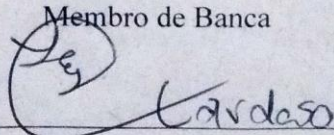
Florianópolis, 04 de julho de 2016



Prof. Antônio Carlos Brasil Pinto
Professor Orientador



Prof. Fernanda Mambrini Rudolfo
Membro de Banca



Luiz Eduardo Cardoso
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Constantino Azevedo do Nascimento

RG: 3.392.550

CPF: 020361389-93

Matrícula: 11203865

Título do TCC: O Direito à Inviolabilidade de Domicílio no Recurso Extraordinário
603616-RO

Orientador(a): Prof. Antônio Carlos Brasil Pinto

Eu, Constantino Azevedo do Nascimento, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de mês de 2016.

Constantino Azevedo do Nascimento

*Dedico este trabalho à minha família pela sua força
e resiliência que ultrapassa gerações.*

“Quem planta tâmaras, não colhe
tâmaras”.

(Provérbio árabe)

DO NASCIMENTO, Constantino Azevedo. **O Direito à Inviolabilidade de domicílio no recurso extraordinário 603616/RO**. 2016. 51 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo a Inviolabilidade de Domicílio, em especial a pacificação do tema pela Corte Constitucional Brasileira, através da repercussão geral atribuída ao julgamento do Recurso Extraordinário 603616 -RO. Divido em três capítulos, o trabalho descreve, primeiramente, o direito à Inviolabilidade Domiciliar, iniciando pela origem histórica. Em um segundo momentos são analisados os conceitos e as repercussões relacionados ao direito tema desse estudo, encerrando-se esta primeira parte com as reservas legais que limitam o alcance do direito à inviolabilidade domiciliar. No segundo capítulo abordam-se as divergências doutrinárias sobre o direito previsto no artigo 5^a, inciso XI da Constituição Federal, assim como as consequências das diferentes interpretações. No terceiro e último capítulo a monografia se restringe à análise do Recurso Extraordinário 603616-RO para descobrir se o julgamento do Supremo Tribunal Federal pacificou ou não o tema na Justiça brasileira.

Palavras-chave: Inviolabilidade Domiciliar. Flagrante Delito. Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO	13
1.1 As Origens da Inviolabilidade Domiciliar.....	13
1.2 Conceitos relacionados à Inviolabilidade Domiciliar.....	14
1.2.1 O bem juridicamente protegido.....	14
1.2.2 O significado de Casa e de Domicílio.....	14
1.2.3 O titular do Direito	16
1.3 Repercussões do Direito à Inviolabilidade de Domicílio	17
1.3.1 Representado entre os Direitos Fundamentais.....	17
1.3.2 A Busca e Apreensão.....	19
1.3.3 A Inviolabilidade do escritório advocatício	21
1.4 As Reservas Legais do Direito à Inviolabilidade de Domicílio	23
1.4.1 O Flagrante delito	25
1.4.2 Desastres e prestação de socorro	28
1.4.3 O Mandado Judicial.....	29
2 AS DIVERGÊNCIAS DA DOCTRINA SOBRE O TEMA.....	32
2.1 A Produção de provas ilícitas	34
2.2 A Interpretação teleológica do artigo 5º, XI da Constituição Federal	36
3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603616-RO	39
3.1 A origem do Recurso Extraordinário 603616.....	39
3.2 O voto vencido	40
3.3 O voto do Ministro Relator.....	42
3.4 A fundamentação da decisão	44
4 CONCLUSÃO.....	49
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento deste estudo, a Inviolabilidade de Domicílio será interpretada a partir da leitura teleológica da Constituição e do princípio da hierarquia das leis. Entende-se que, em um Estado de Direito todas as leis infraconstitucionais são adequadas e recepcionadas pela carta magna. O processo penal em desconformidade com os princípios constitucionais deslegitima a Justiça como um todo.

Esta monografia foi desenvolvida através do método indutivo. Utilizando-se da técnica e da doutrina foi possível analisar o Recurso Extraordinário e concluir se a decisão deste julgamento pacificou o Direito à Inviolabilidade de Domicílio.

O primeiro capítulo, “A Inviolabilidade de Domicílio”, aborda o bem juridicamente protegido pelo direito fundamental em questão e como se dá a relação dessa proteção ao indivíduo em sua propriedade ou não. Trata de esclarecer o significado dos termos usados para definir o alcance do direito assim como quem é o titular da proteção. Ainda nesta primeira fase o tema é explorado em sua classificação como direito fundamental e como este interage no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma se faz uma análise paralela com a legislação que prevê a inviolabilidade do profissional advogado, buscando semelhanças entre as leis. Na sequência, o estudo se direciona para análise das reservas legais do Direito à Inviolabilidade de Domicílio. Foram também abordados os limites delineados pela constituição ao direito fundamental, como a situação de desastre e prestação de socorro, o flagrante delito e o mandado judicial.

O segundo capítulo aborda sobre os pontos divergentes encontrados na doutrina quanto ao tema proposto. Pontos estes como a interpretação adequada de um direito constitucional e as consequências de, por exemplo, a utilização ou não de provas de origem ilícita em um processo.

O terceiro e último capítulo aborda o julgamento do Recurso Extraordinário em questão e sobre a forma como o tema da Inviolabilidade Domiciliar é interpretado atualmente no Supremo Tribunal Federal. Nesse capítulo se estuda a matéria do processo que deu origem ao R.E.603613-RO e como ocorreu a admissibilidade deste recurso. Em seguida, o voto vencido é analisado quanto aos seus argumentos e a interpretação adotada em sua tese. A mesma análise é feita no voto do Relator que foi acompanhado pela maioria. Por fim, A fundamentação do voto vencedor é analisada à luz das doutrinas pré-discutidas no estudo.

A conclusão, em um primeiro momento, busca responder se o julgamento do recurso extraordinário pacificou a questão interpretativa do direito fundamental à inviolabilidade do lar. Em uma segunda etapa, após concluir a resposta, formulam-se críticas aos fundamentos que embasaram o Acórdão.

1 O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

1.1 AS ORIGENS DO DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Ao abandonar a característica nômade, a sociedade humana desenvolveu a necessidade de individualização, principalmente do território e, conseqüentemente, do conceito de domicílio.

A manutenção da individualidade no Lar se torna mais difícil com o aumento do tamanho e complexidade da sociedade.

A partir do surgimento dos estados modernos e da existência de Constituições, as cartas magnas garantiram o Direito à Inviolabilidade do Domicílio frente a terceiros e ao próprio Estado, conforme a citação de Grotti, O direito à inviolabilidade de domicílio tem nítida eficácia horizontal. Repele não apenas a ação estatal, mas, por igual, a de outros particulares.¹

A origem desse direito tem origem no ano de 1215, na Inglaterra, com a redação da Carta Magna. Esse instrumento foi o resultado do acordo entre o Rei inglês e sua burguesia insatisfeita. Podemos verificar como o tom do discurso, proferido por Lord Chatham ao Parlamento, ilustra o contexto da época:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tempestade pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.²

O resgate histórico das origens desse direito é de grande importância pois reflete um legado da civilização ocidental. Porém, por não ser o foco deste estudo, no

¹ GROTTI, Dinorá. Inviolabilidade. 1993 *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.331

² MORAES de, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. p.54

1.2 CONCEITOS RELACIONADOS À INVIOABILIDADE DOMICILAR

1.2.1 O bem juridicamente protegido

O objeto do direito à proteção constitucional abarca a casa e o indivíduo em sua intimidade, ou seja, uma pessoa em determinado lugar e tempo.

A proteção atinge de um lado uma situação de fato, e de outro uma situação jurídica, conforme se retira da citação abaixo:

[...] **Sob certo ângulo, assim, pode-se falar em proteção de uma situação de fato.** Nesse caso estaremos a tratar da inviolabilidade de domicílio que não prescinde de exegese sobre o que cabe na expressão ‘casa’, a fim de buscar a extensão dessa proteção.

De outra visada, podemos dizer que a proteção recai sobre uma situação jurídica, e nesse caso, a inviolabilidade do domicílio está **vinculada aos direitos da personalidade.** Mais precisamente, ligada à proteção da intimidade. Em tal situação, é preciso, também, compreender os desdobramentos dessa tutela.³ (grifou-se)

1.2.2 O significado de Casa e de Domicílio

Domicílio é um termo que identifica na doutrina um conceito amplo, porém, a expressão casa é a adotada pela Constituição de 1988.

Colhe-se da doutrina de direito constitucional:

[...] O domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima. [...] ⁴

Por sua vez o Código de Processo Penal adota o sentido de residência:

³ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em:

<<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadeodomicilioeflagrantedecrimepermanenteportclaudioamaral>>. Acesso em: 1 abr. 2016. p. 6.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 329.

[...] A palavra ‘domicílio’ não tem, nem no Processo Penal nem na lei penal, o sentido civilístico, mas o de residência, a casa onde alguém viva ou trabalhe e exerça a sua atividade a qualquer título, ou, como diz Hungria, domicílio aí é o ‘home’, o ‘chez-soi’, a habitação particular, o local reservado à vida íntima do indivíduo ou à sua atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil.⁵

O domicílio é o espaço físico onde o cidadão pode usufruir da ampla gama de direitos da personalidade tal qual o da Inviolabilidade. O Local serve ao desfrute da vida íntima com tranquilidade e sem a interferência de terceiros

Inclui-se nesse entendimento o ambiente de trabalho, conforme se depreende da obra de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, “Enfatiza-se o vínculo dessa liberdade com a proteção à intimidade do indivíduo e à privacidade das suas atividades profissionais.”⁶.

Seguindo a mesma abrangente ideia:

[...] Assim o conceito de domicílio abrange ‘todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual’. **O conceito constitucional de domicílio é, assim, mais amplo que aquele do direito civil.**⁷(grifou-se)

Voltando-se à Constituição Federal, no texto constitucional a Inviolabilidade do Domicílio está assegurada dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, inciso XI, dispondo:

[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Desta forma, no período da noite, adentrar em domicílio alheio sem o consentimento do morador é legalmente possível apenas nas hipóteses de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. Já durante o dia, além das hipóteses acima mencionadas, a entrada também é permitida:

⁵ DA COSTA, Fernando; FILHO, Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.635.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.329

⁷ ibidem. P 330.

- [...] a) no cumprimento do dever legal (agentes da saúde);
b) no exercício regular de um direito (hipótese do art. 587 do CC de 1916 (art.1.313 do CC de 2002) – cf Hungria, Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, v.6, p.208);
c) com autorização do Juiz.⁸

O equilíbrio entre o Direito individual à Inviolabilidade do Domicílio e o dever legal atribuído ao agente público depende da apreciação de cada caso à discricionariedade judicial.

Nesse entendimento:

[...], a busca e apreensão domiciliar necessita de controle. Nesse aspecto, o papel do mandado judicial como garantia do respeito à privacidade é evidente.⁹

O mandado de busca e apreensão é medida de discricionariedade judicial que dispensa o consentimento do morador e tem previsão legal de permitir a entrada apenas no período diurno no domicílio.

Dessa forma o Magistrado analisará se a situação fática comporta uma exceção ao Direito à Inviolabilidade do Domicílio.

A norma constitucional não prevê qualquer hipótese que atribua à esfera administrativa o poder de decisão para adentrar em áreas privativas.

1.2.3 O titular do Direito

O titular dessa proteção constitucional é qualquer pessoa, física ou jurídica, que esteja usufruindo a privacidade proporcionada pelo local, ou seja, o direito não se restringe ao proprietário do imóvel.

Outras pessoas, além do proprietário, podem ser beneficiadas pela privacidade derivada da inviolabilidade domiciliar. Esses sujeitos são os dependentes, subordinados ou

⁸ DA COSTA, Fernando; FILHO, Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.634.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616/R0. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>. Acesso em: 1 mai. 2016. P.11

convidados do proprietário.

Como ilustra o texto colacionado:

“Os dependentes e subordinados exercem as faculdades do direito à inviolabilidade de domicílio com respeito às dependências que lhe são destinadas (p. ex. quarto de filho, quarto de empregada...). Não queda porém eliminado o direito do chefe da casa de ingressar em todos os recintos da residência, mesmo contra a vontade de quem ali se encontra e de proibir o ingresso de estranhos, identificados previamente ou não.”¹⁰ (grifou-se)

1.3 REPERCURSSÕES DO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

1.3.1 Representado entre os Direitos Fundamentais

Os Direitos e Garantias Fundamentais em nossa constituição são divididos pela doutrina como de primeira, segunda e terceira gerações.

A inviolabilidade Domiciliar está inclusa no grupo da primeira geração, que são os Direitos e Garantias individuais ou liberdades públicas. Essa categoria de Direito Fundamental protege o cidadão da intromissão de terceiros em sua intimidade, vida privada, imagem e honra.

A norma que prevê a Inviolabilidade do Domicílio não é apenas programática e não requer outras leis que a definam ou delimitem. Isto se deve à força da norma constitucional e sua aplicabilidade imediata, como se depreende da doutrina:

[...] Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. **A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.** Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torna-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).¹¹ (grifou-se)

¹⁰ GROTTI, Dinorá. Inviolabilidade.1993 *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.332

¹¹ MORAES de, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. p.32.

A principal diferença entre os direitos e as garantias fundamentais são suas atribuições, de acordo com o recorte abaixo:

[...]Os direitos são aspectos, **manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva**, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais, '*stricto sensu*', **são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.**[...] ¹² (grifou-se)

A diferenciação funcional entre Direito e Garantia se presta a uma leitura estrutural da Constituição, permitindo o jurista compreender que se complementam em suas funções.

Observa-se em conjunto na cláusula constitucional:

[...] Não se encontrará, na Constituição, parte ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias constitucionais'. Mas a acepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, **as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.** Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. [...] ¹³ (grifou-se)

Nota-se que a cláusula constitucional brasileira expressa tanto o direito à Inviolabilidade do Domicílio como a garantia desse direito. A distinção se faz necessária para o estudo semântico-funcional da constituição, afinal a confusão entre os termos direito e garantia é comum.

Verifica-se na obra de Rui Barbosa:

“A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. **Direito ‘é a faculdade reconhecida natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos’.** **Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade,** que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil.” ¹⁴ (grifou-se)

¹² BARBOSA, Rui. República: *Teoria e Prática*. Petrópolis: Editora Vozes Ltda. , 1978. p. 121

¹³ ibidem. p. 124

¹⁴ ibidem. p. 123

1.3.2 A Busca e Apreensão

Frequentemente encontramos a menção “busca e apreensão” de forma conjunta na doutrina, porém cada termo possui um conceito diferente. A busca é a atividade do agente de investigação para encontrar algo de interesse do processo.

Segundo informações colhidas nos comentários da obra *Código de Processo Penal Comentado* de autoria de Guilherme Nucci:

[...] Busca significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. [...] ¹⁵

Por sua vez, a apreensão visa à produção de prova com a remoção e guarda de coisas importantes ao processo. Da mesma obra citada alhures, retira-se o seguinte:

[...] A apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos. [...] ¹⁶

Ademais, é válido ressaltar que, apesar dos termos se encontrarem constantemente juntos pelas variadas razões de demanda do processo, existem situações onde a busca por si só se basta sem a necessidade da apreensão de algo. Como ilustra o exemplo abaixo:

[...] Um mandado de busca pode significar, ainda, a mera tomada de fotografias do lugar, havendo utilidade para a prova, o que não quer dizer ter havido apreensão. [...] ¹⁷

A finalidade da busca está tipificada no artigo 240 do Código de Processo Penal:

“Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 p. 523.

¹⁶ *ibidem*. p. 523.

¹⁷ *Ibidem*. p. 524.

autorizarem, para:

- a) **prender** criminosos;
- b) **apreender** coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) **apreender** instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) **apreender** armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados à fim delituoso;
- e) **descobrir** objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) **apreender** cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) **apreender** pessoas vítimas de crimes;
- h) **colher** qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.” (grifou-se)

Ademais, a busca cabe para fins de citação, intimação, notificação, prisão e condução coercitiva. Desta forma, a busca serve para trazer algo ou alguém útil ao processo penal, em hipótese alguma a busca é realizada para apreender coisa ou pessoa indeterminada em lugar incerto.

Analisando o artigo 240 do Código de Processo Penal depreende-se que a busca visa à apreensão de provas materiais e também à prisão de suspeitos. Essa medida processual está à disposição de todas as partes interessadas no processo, não sendo de forma alguma exclusividade da parte autora.

A busca serve à procura de pessoas vítimas de crimes a fim de retirá-las do alcance do agressor, proceder a depoimento para confecção do boletim de ocorrência e, se for o caso, perícias ou exame de corpo de delito.

Existem situações em que não há o que apreender e sim efetuar procedimentos de registro, tal medida deve ser realizada no local onde foram encontradas, como ocorre na coleta de impressões digitais, saliva, sangue, pelo ou outros vestígios e elementos materiais essenciais à reconstrução da cena do delito.

A analogia não é forma interpretativa que se aplique para aumentar o alcance das buscas a outros casos, salvo previsão legal específica que admita a extensão do mandado para outras hipóteses.

1.3.3 A Inviolabilidade do escritório advocatício

A advocacia é uma profissão *sui generis* visto que, na sua ausência, não é possível ao cidadão usufruir da Justiça. Dado o princípio da inércia da jurisdição, é o advogado quem dá início ao rito processual. A Constituição brasileira prevê, em seu artigo 133, que o advogado é indispensável à administração da Justiça.

Essa proteção é inerente à profissão tal qual ocorre com a magistratura, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público. Porém esse direito também possui uma garantia que impõe limites que, nesse caso, é a legalidade.

Esta mesma garantia é assegurada a membros do Poder Legislativo: deputados federais, senadores, deputados estaduais e vereadores permanecem invioláveis pelas suas opiniões, palavras e votos, quando do exercício do mandato legislativo.¹⁸

A Lei Federal número 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, também prevê a inviolabilidade do profissional que está em proba exercício. Conforme a letra da lei:

Artigo 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Artigo 7º São direitos do advogado:

II – **a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho**, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, **desde que relativas ao exercício da advocacia**; (grifou-se)

Recentemente foi publicada a Lei Federal número 11.767/08 que dispõe sobre o Direito à Inviolabilidade do local, instrumentos de trabalho e correspondência do Advogado. Essa Lei surgiu reafirmando muito do que já era previsto na legislação, porém inovou ao limitar o anseio desregrado do Estado quanto à produção de provas ilegais.

¹⁸ VIEIRA, Marco Aurélio Vicente.. *Inviolabilidade de advogados não é privilégio*. Conj. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-21/advogado-inviolavel-manifestacoes-juizo-fora-dele>. Acesso em: 5 de jun. 2016. p.01

A formulação de leis para complementação de um direito já previsto na Constituição Federal ocorre como reflexo de uma situação fática de total desrespeito ao profissional e consequentemente à justiça.

Frequentes são os relatos de agentes policiais que, munidos de mandado de busca e apreensão, recolhem de escritório de advocacia documentos não relacionados à finalidade da diligência. Como consequência, apreendem documentos que são utilizados para incriminar clientes estranhos à motivação original do mandado expedido. Situação esdrúxula que ultrapassa o bom senso em Estado que se autodenomina Democrático de Direito.

O legislador, tendo em vista o uso irregular de provas obtidas em diligências judicialmente autorizadas, vedou de forma expressa a utilização ilegal dessas informações apreendidas. Foram acrescentadas as exigências de mandado de busca e apreensão e da presença de um representante da OAB o qual confere à diligência validade processual.

De acordo com a letra da Lei:

LEI Nº11.767, DE AGOSTO DE 2008.
DOU 08.08.2008

Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPUBLICA.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º- O art. 7º da Lei nº8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 7º.

[...]

II- a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; [...]

§ 6º. Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, **a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade** de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, **expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB**, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (grifou-se)

A garantia imposta ao Direito à Inviolabilidade do Domicílio prevê, onde o sujeito da proteção é o cidadão comum, a exigência de mandado judicial específico para avaliar uma

diligência. Quanto à inviolabilidade do profissional advogado, a Lei torna imprescindível que o mandado judicial seja específico, restrito, discriminativo, minucioso, determinando qual local, objetos e advogado atingido pela medida.

Marco Aurélio Vieira discorre em seu artigo:

[...] o texto legal reafirma que **qualquer ato administrativo não pode sobrepor aos preceitos fundamentais** e ao ordenamento legislativo federal por ser, simplesmente, não só inadmissível, mas cabalmente contrário a todo o ordenamento. [...] ¹⁹ (grifou-se)

1.4 AS RESERVAS LEGAIS DO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

O domicílio passou a ser tutelado nas Constituições como asilo inviolável do indivíduo para frear os abusos cometidos pelos Estados absolutistas.

Presente em nossa carta magna, a Inviolabilidade do Domicílio figura como direito fundamental no art. 5º, inciso XI, que dispõe:

[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. [...] ²⁰

Depreende-se que no período noturno só é possível a entrada de terceiros sem a permissão do morador nas hipóteses de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro. Por outro lado, a entrada franqueada por ordem judicial só pode ocorrer durante o dia..

Nesse sentido:

“[...] a transposição dos limites da casa de outrem sem o consentimento do morador somente pode ocorrer nas hipóteses autorizadas pelo Judiciário. **E, ainda, sempre, durante o dia. Corresponde ao conceito de dia todas as horas compreendidas entre o nascer e o pôr do sol.**” ²¹ (grifou-se)

¹⁹ VIEIRA, Marco Aurélio Vicente.. *Inviolabilidade de advogados não é privilégio*. Conj. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-21/advogado-inviolavel-manifestacoes-juizo-fora-dele>. Acesso em: 5 de jun. 2016. p.04

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.329.

²¹ *ibidem*. p.333.

O flagrante delito é uma exceção ao Direito de Inviolabilidade do Domicílio, sendo assim, se na casa estiver ocorrendo um delito a entrada da autoridade competente se torna lícita.

A intervenção policial na residência também é permitida nas hipóteses em que um agente criminoso em fuga busque refúgio na sua própria casa. Lembrando que, no exemplo mencionado, a situação de flagrância não pode ser quebrada. Caso contrário a exceção constitucional ao Direito de Inviolabilidade do Domicílio se perde.

Dentre as exceções encontram-se hipóteses de desastre que comprometam a vida dos moradores da casa e quanto à prestação de socorro também se exige a evidência de que o morador esteja em perigo.

Durante o dia, a entrada em casa alheia sem o consentimento do morador é uma discricionariedade jurisdicional:

Vige atualmente o que pode ser tido como reserva jurisdicional. É, portanto o magistrado que analisará se se está diante ou não de caso que comporte invasão. Ele o fará dentro de uma ampla discricionariedade que a Constituição lhe confere.²²

O Juiz deve analisar o caso concreto e avaliar a necessidade de entrada na propriedade alheia. A entrada no domicílio por decisão administrativa não está elencada em nossa Constituição.

A reserva legal é o dispositivo constitucional que restringe a proteção de algum direito previsto em lei, determinando condições especiais para sua eficácia.

A Inviolabilidade Domiciliar está prevista na Constituição Federal como um direito condicionado a uma garantia, uma reserva legal:

Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.²³

²² BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1.988-1989. v. 2, p. 68.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.235.

Assim, consta de uma regra não absoluta, visto que no mesmo dispositivo que tipifica o direito foram explicitadas as exceções cabíveis. São estas as hipóteses de flagrante delito, desastre, prestação de socorro e a determinação judicial, esta última apenas no período diurno.

A exceção do Direito à Inviolabilidade de Domicílio, quando resultado de uma reserva jurisdicional, sujeita o caso concreto à decisão judicial para autorizar ou não a entrada em casa alheia. Frisa-se que essa autorização é permitida apenas no período diurno e com base fundamentada.

Os direitos e garantias fundamentais podem então sofrer limitações, pois não são absolutos. Limitações estas advindas de exigências da sociedade como o interesse público e a ordem pública.

1.4.1 O Flagrante delito

O termo flagrante traz consigo o sentido “em chamas”. A origem do latim, *flagrantis*, atribui ao termo acima o significado de que o delito está em curso e o seu autor surpreendido no instante da consumação do fato.

O flagrante delito enseja a prisão provisória do sujeito surpreendido, detração esta que, diferentemente da reclusão por pena, tem natureza cautelar para garantir a ordem pública e econômica.

[...] prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). Autoriza-se essa modalidade de prisão, inclusive na Constituição Federal (art.5º,LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, daí por que o seu caráter administrativo, já que seria incompreensível e ilógico que qualquer pessoa – autoridade policial ou não – visse um crime desenvolvendo-se à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato.[...] ²⁴

A infração permanente está em constante execução, por esse motivo a ação protraí no tempo. Esse raciocínio se aplica aos crimes como cárcere privado, porte ilegal de arma e armazenamento de droga ilícita.

A prisão é exceção e a liberdade é a regra!

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 p. 602.

Nem todas as situações de flagrância levam ao encarceramento a exemplo do que ocorre em diligências fortuitas:

[...] Diligências fortuitas feitas pela polícia não podem ser consideradas para efeito de consolidar a prisão em flagrante. Muitas vezes, sem ter havido perseguição alguma, após a ocorrência de um delito, a polícia começa uma investigação e, por acaso, chega à residência de alguém que, de fato, tomou parte no crime. **Não cabe, nessa hipótese, a prisão em flagrante**, ainda que se argumente ser o caso do flagrante presumido, pois encontrada a pessoa com instrumentos ou armas usadas no cometimento da infração penal.[...]

[...] **A flagrância**, em qualquer de suas formas, por isso mesmo que **se apoia na imediata sucessão dos fatos**, não comporta, dentro da relatividade dos juízos humanos, dúvidas sérias quanto à autoria. **Daí a grande prudência com que se deve haver a justiça, em não confundi-la com diligências policiais, *post delictum*, cujo valor probante, por mais forte que pareça não se encadeie em elos objetivos**, que entrelacem, indissolivelmente, no tempo e no espaço, a prisão e a ‘atualidade ainda palpitante do crime’ [...] ²⁵ (grifou-se)

O entendimento que prevalece no meio jurídico é que, se dentro da residência está em curso um crime permanente o ingresso de forças policiais está permitido, mesmo sem um mandado judicial.

Para se chegar a essa conclusão, segue-se uma linha de raciocínio simples. Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o exaurimento. Nesse intervalo, o crime está em curso. Assim, se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio. ²⁶

A natureza da prisão em flagrante, como explicado acima, é administrativa. Essa medida atende a uma função cautelar e provisória. O requisito para admissibilidade da prisão em flagrante é apenas a aparência da tipicidade de infração. A prisão apenas se torna judicial após a apreciação do magistrado, conforme o comentário abaixo destacado:

[...] Tem, inicialmente, caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 p. 606.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=228&dataPublicacaoDj=13/11/2015&incente=3774503&codCapitulo=2&numMateria=36&codMateria=4> Acesso em: 1 mai. 2016. p.12.

torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal. [...] ²⁷

O flagrante delito é previsto no artigo 302 do Código de Processo Penal, que por sua vez distingue o flagrante em três tipos, o flagrante em sentido próprio, flagrante em sentido impróprio e o flagrante presumido.

O flagrante próprio previsto no inciso I é o dito flagrante comum, o que ocorre no momento do ato infracional que é interrompido pela voz de prisão. O flagrante ocorrido logo após a infração também é classificado como próprio conforme o inciso II do artigo supramencionado.

O flagrante impróprio, previsto no inciso III do mesmo artigo, acolhe a hipótese do agente que é flagrado e foge do local do crime, após perseguição é detido, pois há evidência suficiente da autoria e da materialidade do crime presenciado.

A hipótese é ilustrada por Nucci em sua obra:

[...] Exemplo disso é o agente que, dando vários tiros na vítima, sai da casa desta com a arma na mão, sendo perseguido por vizinhos do ofendido. Não foi detido no exato instante em que terminou de dar os disparos, mas a situação é tão clara que autoriza a perseguição e prisão do autor. A hipótese é denominada pela doutrina de *quase flagrante*. ²⁸

O flagrante presumido está previsto no inciso IV do artigo 302, essa modalidade abrange a hipótese do agente da infração ser encontrado com objetos que, de forma presumida, o indiquem como o autor do crime.

Verifica-se na doutrina:

[...] Constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal. É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão. ²⁹

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 p. 602

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 p. 605

²⁹ *Ibidem* p. 606.

1.4.2 Desastres e prestação de socorro

Advém da interpretação teleológica do dispositivo constitucional o sentido de emergência quanto às exceções elencadas à inviolabilidade do domicílio.

A entrada de terceiros é franqueada pela lei à noite apenas quando ocorrer crime ou desastres que ponham em risco a vida humana, valor supremo defendido pela constituição. Tanto é crível este entendimento que a norma constitucional condiciona validade ao mandado judicial apenas durante o dia.

Colhe-se da manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na posição de *Amicus Curiae* no recurso extraordinário 603613/RO:

Suponhamos um caso em que uma pessoa seja vítima de sequestro e esteja sendo mantida em cativeiro. Por óbvio, qualquer demora em impedir o prosseguimento do delito poderia ser fatal, colocando-se em xeque a vida e a integridade física da vítima. Nesse caso, havendo elementos robustos, obtidos pela autoridade policial, sobre o cometimento do delito, não parece haver dúvidas que a Constituição Federal autoriza o ingresso no imóvel, não sendo razoável que se espere a emissão de ordem judicial. **Nesse caso, a situação de flagrância induz à urgência, bem como, cotejando-se tal urgência** (risco iminente de morte ou lesão) com o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, desde uma leitura que parta do sopesamento de valores fundamentais, ter-se-á como legítima a intervenção, ainda que não judicialmente autorizada, podendo submeter o procedimento a um controle judicial posterior.³⁰ (grifou-se)

Cláudio Amaral, docente livre da Universidade do Estado de São Paulo, vai além e aponta as consequências da interpretação equivocada do dispositivo :

Há que se distinguir teleologicamente os casos emergenciais, daqueles que não apresentam urgência. **Se utilizada indistintamente àquela orientação fechada e formal, adota-se interpretação perigosa, porque abre espaço para a arbitrariedade.**³¹(grifou-se)

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência, Manifestação de *Amicus Curiae*, 4 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9728795&ad=s#20%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201> Acesso em: 1 mai. 2016. p. 9.

³¹ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadedodomicilioeflagrantedecrimepermanenteportclaudioamaral>>. Acesso em: 1 abr. 2016. p. 3.

1.4.3 O Mandado Judicial

É indispensável para legitimar a exceção ao direito constitucional da Inviolabilidade do Domicílio. Ainda assim, este instrumento jurídico deve conter o objetivo da diligência e pessoa a ser conduzida.

Não é admissível ordem judicial genérica, caso contrário o mandado está eivado de nulidade e por consequência sujeitando os agentes públicos ao crime de abuso de autoridade.

Note-se, por primeiro, que tal diligência somente será possível se houver “fundadas razões”, o que demonstra o cuidado do legislador em respeitar a inviolabilidade do domicílio.³²

Ainda dentro das exigências formais para validade do mandado judicial encontra-se a exigência que a diligência seja realizada por no mínimo dois executores.

Terminada a diligência, os agentes e outras duas testemunhas devem assinar um auto circunstanciado.

A lei evidencia, no código de processo penal, sua intenção com o alto grau de solenidade da diligência visando nitidamente valorizar a ordem judicial e a garantia constitucional:

Art.245- As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§7º. Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, **assinando-o com duas testemunhas presenciais**, sem prejuízo do disposto no §4º. (grifou-se)

No mesmo dispositivo que prevê a busca e a apreensão o qual restringe o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio encontram-se fixados os limites legais desse instituto. Os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados, sob pena de a diligência ser ilegal.

Ressalte-se, a hipótese de restrição precisa estar tipificada, prevista em lei ordinária e recepcionada pela Constituição.

³² DA COSTA, Fernando; FILHO, Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.638.

A busca e a apreensão são disciplinadas pelo Código de Processo Penal, que prevê as formalidades para a sua realização. A decisão deve conter os motivos, devendo o juiz respeitar o princípio da proporcionalidade. Assim se restringe o abuso de poder pelo magistrado e a realização de buscas arbitrárias.

Quando há necessidade de mandado para efetuar a busca e apreensão os agentes policiais podem solicita-lo por ofício. Para que o mandado seja válido a lei enumera formalidades. A ordem judicial deve seguir o disposto no artigo 243 do Código de Processo Penal:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I-Indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

Depreende-se da leitura do artigo 243 que se faz imprescindível a clareza do mandado além da alta formalidade do procedimento.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci em sua obra, Código de Processo Penal Comentado, tece a seguinte consideração quanto às exigências impostas para a confecção do mandado:

“[...] o mandado de busca, por importar em violação de domicílio, deve ser preciso e determinado, indicando, o mais precisamente possível a casa onde a diligência, bem como o nome do proprietário ou morador (neste caso, podendo ser o locatário ou comodatário). **Admitir-se o mandado genérico torna impossível o controle sobre os atos de força do Estado contra direito individual, razão pela qual é indispensável haver fundada suspeita e especificação.**”³³

Desta forma, a correta aplicação das regras desse artigo evita a arbitrariedade e

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 p. 539.

assegura a eficácia da diligência.

Essa segurança abarca todos os envolvidos na busca e apreensão, pois o mandado contém os motivos e fins da sua ordem. Desta forma se o executor da busca cometer algum abuso, o sujeito intimado está protegido pois o mandado apontará todos os limites precisamente.

2 AS DIVERGÊNCIAS DA DOUTRINA SOBRE O TEMA

O direito à inviolabilidade do domicílio é o centro de uma discussão permeada por questões de interesse político como a segurança pública, combate ao tráfico de drogas e armas em conflito com uma garantia fundamental assegurada pela Constituição brasileira. Não é surpresa encontrar na doutrina o reconhecimento da fragilidade dessa garantia como podemos verificar abaixo:

O inciso XI é em boa medida observado, produz. Mas, não é possível deixar de levar em conta os instrumentos legais – *ou paralegais* – à disposição do aparelho policial, permitindo que essa garantia constitucional com frequência seja ignorada.³⁴

As cortes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça entendem que, se dentro da casa está ocorrendo um crime permanente, é viável o ingresso forçado pelas forças policiais, independente de determinação judicial.

Esse entendimento persiste no STF e se confirma no voto do ministro relator no Recurso Extraordinário 603.616-RO:

Por definição, nos crimes permanentes, há um intervalo entre a consumação e o esgotamento. Nesse intervalo, o crime está em curso. Assim se dentro do local protegido o crime permanente está ocorrendo, o perpetrador estará cometendo o delito. Caracterizada a situação de flagrante, viável o ingresso forçado no domicílio.³⁵

Segundo Alexandre Moraes da Rosa a interpretação que vigora hoje nos Tribunais de todo país é a de que o crime permanente leva ao flagrante permanente, logo, a exceção prevista na constituição do flagrante delito permitiria a entrada no lar de terceiros sem permissão ou mandado judicial. Em seu artigo, Alexandre Moraes da Rosa desconstrói o paralogismo que resulta hoje em um “mantra jurisdicional”, um “erro de lógica”.

Nas suas palavras:

³⁴ SILVA, Paulo Napoleão Nelson Basile Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996. p.270

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> . p. 11. Acesso em: 1 jun. 2016

[...] O crime acontece no espaço e tempo. Se no tempo em que houve a entrada na casa não havia crime visualizado, por dedução lógica, foi irregular. **E, se foi irregular, o que se apreendeu, também o é.**[...] O deslocamento para o crime permanente é uma falácia, ainda que acolhida pela jurisprudência majoritária.³⁶

A interpretação processual penalista segue à risca a visão do artigo 303 do Código de Processo Penal, conforme é possível se verificar abaixo:

Art.303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Apontando o erro no uso da lógica-formal como única ferramenta de interpretação da garantia fundamental. O imbróglio é explicado por Cláudio Amaral citando, em seu artigo, Gustavo Henrique Badaró:

[...] a prisão em flagrante nos crimes permanentes apresenta peculiaridades, justamente pela natureza do crime, no que toca ao seu momento consumativo. O crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protraí no tempo.[...] O artigo 303 do C.P.P. dispõe que ‘Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência’[...] A regra do artigo 303 do C.P.P. é apenas uma regra de reforço ou explicitação. Mesmo que não existisse, a prisão em flagrante seria perfeitamente possível. **Se o crime está se consumando, há a possibilidade da prisão em flagrante, na sua modalidade flagrante próprio**³⁷ (grifou-se)

Logo se a autoridade policial tem conhecimento da ocorrência do crime permanente em determinado local este tem o dever de intervir. Porém, se naquele dado momento não existir o conhecimento da ocorrência do crime permanente obviamente não há flagrância.

Desta forma explica o autor:

³⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014ago01/limitepenalmantracrimepermanenteentoadolegitimarilegalidadesflagrantes> p. 1. Acesso em: 1 abr. 2016

³⁷ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadeodomicilioeflagrantedecrimepermanenteoporclaudioamaral>>. p. 2. Acesso em: 1 abr. 2016

[...] **É preciso que o flagrante esteja visualizado *ex-ante*.** Inexiste flagrante permanente imaginado. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional, por violação do domicílio do agente, quando movida pelo imaginário, mesmo confirmado posteriormente. **A materialidade estará contaminada pelos frutos da árvore envenenada.** [...]”³⁸ (grifou-se)

2.1 A PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

Inicialmente é importante distinguir os conceitos entre prova ilícita e ilegítima. A origem ilegal da prova remete à violação do direito material enquanto a prova ilegítima esta eivada por vício de formalidade processual.

A partir dessa distinção entende-se que a prova ilegal não pode em momento algum ser admitida no processo ao contrário da prova ilegítima que apenas carece da correção do vício para então ingressar nos autos.

Cláudio Amaral comenta a obra de Nuvulone:

[...] Clássica é a distinção que Nuvulone faz entre provas ilícitas e provas ilegítimas. As primeiras resultam da violação de uma regra de direito material. Nas segundas, o vício advém da violação de normas processuais. Também se distinguem, porque nas provas ilícitas ocorre ilegalidade no momento da obtenção da prova; nas ilegítimas a ilegalidade acontece no instante da produção. Ainda, diferenciam-se pelo fato das provas ilícitas serem inadmissíveis no processo, isto é, não podem ingressar nos autos e se ingressarem, devem ser desentranhadas; as provas ilegítimas são nulas, e sua produção pode ser refeita conforme as regras do devido processo.³⁹

Quando uma prova ilícita ingressa em um processo, logo que identificada, cabe à parte ré a petição para o desentranhamento desta do processo. Por consequência é um ato inexistente juridicamente e totalmente ineficaz. As provas ilícitas não produzem efeitos em qualquer momento processual e sua ineficácia retroage ao momento da sua produção.

³⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. 2014. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2014ago01/limitepenalmantracrimepermanenteentoadolegitimarilegalidadesflagrantes>
Acesso em: 1 abr. 2016

³⁹ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em:

<<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadeodomicilioeflagrantedecrimepermanenteoporclaudioamaral>>. Acesso em: 1 abr. 2016. p. 8.

A sentença que deu fim ao processo instruído com provas de origem ilegal será julgada nula. A partir disto ocorre a revisão criminal com a absolvição provisória do réu pela suspensão dos efeitos da sentença.

Decisões pronunciadas pelo Júri fundamentadas em provas ilícitas devem ser reformadas por via recursal ou habeas corpus. Quando houver preclusão, o veredicto dos jurados será nulo.

A doutrina não diverge sobre a admissão ou não de provas ilícitas. Porém, são inadmissíveis que os frutos colhidos de uma diligência com infração ao Direito à Inviolabilidade de Domicílio obtenham validade processual. Essa preocupação está explícita na doutrina aqui destacada:

Faço questão de colocar como exemplo o tráfico de drogas, por se tratar de situação extrema da criminalidade, que provoca ojeriza e revolta, sendo merecedora de intensa reprovação social e política de combate/guerra por parte do Estado. A tentação de ceder e desrespeitar a inviolabilidade do domicílio é grande, em nome de uma pretensa segurança pública. Sempre que o crime é grave, surgem vozes a defender a flexibilização dos direitos fundamentais de índole processual penal. Conforme nos lembram, oportunamente, Américo Bedê Junior e Gustavo Senna, **‘por mais bem intencionados que estejam os defensores da utilização da prova ilícita para a condenação**, parece-nos que o risco de abusos, assim como a experiência recente da ditadura, conspiram pela não aceitação da tese. Ademais devemos lembrar que o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais impede uma interpretação que admitia a prova ilícita *pro societate*. Esse é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito’. **É o que se espera do juiz. Para dizer o óbvio, o juiz é o que o nome diz, um juiz, não um ‘justiceiro’**.⁴⁰ (grifou-se)

A interpretação teleológica é apontada como a mais apropriada para normas constitucionais. A técnica consiste em interpretar a norma a partir da finalidade a que esta se propõe.

Tal prisma permite que, caso a norma literalmente exposta venha trair sua própria finalidade, se busque a intenção do legislador evitando a distorção do bem jurídico.

Nesse mesmo sentido explana Cláudio Amaral:

⁴⁰ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadedodomicilioeflagrantedecrimepermanenteportclaudioamaral>>. p. 8. Acesso em: 1 abr. 2016

Embora nenhum método deva ser absolutizado, para que se compreenda a intenção do constituinte ao proteger o lar dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país contra a indevida invasão, seja do Estado, seja de terceiros desautorizados, **há que se recorrer ao método interpretativo que melhor serve de instrumento de checagem das finalidades normativas: o teleológico.** ⁴¹ (grifou-se)

2.2 A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ARTIGO 5º, INCISO XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A divergência doutrinária à qual se refere os parágrafos anteriores resume-se aos caminhos opostos apontados pelas interpretações lógico-formal e teleológica.

Enquanto a primeira leva ao abuso de autoridade em desfavor da garantia individual o ponto de vista teleológico leva à distinção entre casos emergências dos que não apresentam urgência. Extraí-se da leitura do artigo de Claudio Amaral que:

Há que se distinguir teleologicamente os casos emergências, daqueles que não apresentam **urgência**. Se utilizada indistintamente aquela orientação fechada e formal, adota-se **interpretação perigosa**, porque abre espaço para a **arbitrariedade**. ⁴² (grifou-se)

No mesmo sentido e seguindo a interpretação teleológica da garantia constitucional os defensores públicos do Estado de São Paulo, na qualidade de *amicus curiae* no RE603616/RO, manifestaram que:

O uso da expressão ‘flagrante’ fora desses limites muito claros, que, **na correta hermenêutica constitucional, traz em si a carga semântica da urgência**, bem como seu emprego para relativizar o direito à inviolabilidade domiciliar em nome de políticas de repressão e de controle, [...] ⁴³(grifou-se)

⁴¹ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadeodomicilioeflagrantedecrimepermanenteportclaudioamaral>>. p. 3. Acesso em: 1 abr. 2016

⁴² idem

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 603616-RO*. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência, Manifestação de *Amicus Curiae*, 4 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9728795&ad=s#20%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201> p. 8. Acesso em: 1 abr. 2016

Ainda no mesmo Recurso Extraordinário, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, também na qualidade de *amicus curiae*, trouxe à discussão um acórdão do TJRJ que decidiu pela invalidade das provas colhidas apontando a ilegalidade da violação de domicílio:

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro **anulou sentença condenatória ancorada em provas obtidas mediante a violação de vários domicílios** durante operação policial, iniciada após uma denúncia anônima, sem que tivessem sido expedidos mandados judiciais de busca e apreensão. O E. Desembargador Relator destacou que foi realizada ‘uma peregrinação investigatória pelas casas dos réus, onde entraram sem ordem judicial, sem autorização dos moradores e sem certeza de estado de flagrância’.⁴⁴ (grifou-se)

Ao refletir sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa cita Ana Maria Campos Tôres que alerta:

[...] No caso do flagrante em crime permanente, vê-se com muita frequência não só o descumprimento da lei, mais que isto, **um caminho perigoso a permitir retornem as más autoridade o modelo inquisitorial**, buscando provar a qualquer custo, não se preocupando com mais nada, senão com a punição pela punição. [...] ⁴⁵(grifou-se)

Ainda sobre a permissão da entrada de terceiros no lar na ocorrência de flagrante delito, a intenção do legislador constituinte não amealhou a hipóteses de flagrante de crime permanente. Sobre a exclusão à regra do artigo 5º inciso XI discorreu Claudio Amaral:

[...] Quando se referiu ao flagrante delito, o constituinte o fez imaginando a situação clássica e usual, do crime que está acontecendo e é revestido de especial gravidade. **O constituinte não pensou nas hipóteses de flagrante permanente, mas sim, naquelas situações em que a espera por um**

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 603616-RO*. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisa de Jurisprudência, Manifestação de *Amicus Curiae*, 15 setembro 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9401662&ad=s#11%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201>>. Acesso em: 1 abr. 2016

⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014ago01/limitepenalmantracrimepermanenteentoadolegitimareilegalidadesflagrantes> p. 6. Acesso em: 10 mai. 2016

mandado judicial seria algo tão impossível e nada razoável, num contexto, aliás muito próximo daquele em que se ‘presta socorro’[...] Enfim, as hipóteses permissivas arroladas pelo artigo 5º, XI da CF espelham **situações emergenciais, em que seria um absurdo alguém correr ao fórum em busca de um mandado judicial** que o autorizasse ingressar na casa alheia.[...] ⁴⁶ (grifou-se)

Evidente que, após a leitura de argumentos conflitantes a respeito de um mesmo tema, urge a necessidade de superar a simplicidade de apenas optar por um paradigma quebrando o paradoxo entre a hermenêutica literal e teleológica da constituição.

⁴⁶ AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. *Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente*, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/20130204135003/20130204134855/artigospublicados/162inviolabilidadedodomicilioeflagrantedecrimepermanenteporclaudioamaral>>. p. 3. Acesso em: 1 mai. 2016

3 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603616-RO.

3.1 A ORIGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603616-RO

Os Autos de número 50120070044835, advindo da primeira vara de delitos de tóxicos de Porto Velho, tiveram início com a denúncia de dois réus acusados de infringir os artigos 33, 35, e 40,V da Lei Federal número 11.343/2006.

Tratam-se dos crimes de tráfico e armazenamento ilícito de substância entorpecente com configuração de associação para o tráfico.

Sobre os fatos registrou-se a apreensão de cocaína transportada em um caminhão circulando em rodovia federal. O motorista foi preso em flagrante e delatou seu empregador como mentor do negócio, desta forma a polícia tomou conhecimento sobre a participação do segundo réu, um empresário.

A diligência policial se deslocou até a residência do segundo réu e, sob a máxima do flagrante de crime permanente, entrou na garagem e apreendeu dentro de um automóvel cerca de oito quilos e meio de cocaína.

Acerca desses fatos, no que tange o foco desta monografia, o estudo se limita à interpretação da corte suprema constitucional a respeito da entrada dos agentes de polícia na residência do acusado e de que forma esse acórdão do S.T.F., com efeito de repercussão geral, poderia vir a suprimir uma garantia fundamental.

O réu empresário recorreu da sentença ao Tribunal de Justiça de Rondônia na expectativa de ver a prova apreendida na sua residência retirada dos autos. A apelação alegou que as provas foram obtidas de forma ilegal, devido a anterior ocorrência do crime de violação de domicílio.

O réu não obteve sucesso na Apelação e decidiu interpor o Recurso Extraordinário. Depreende-se do Acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia, mais especificamente do voto do Desembargador Eurico Montenegro:

No que diz respeito à preliminar de obtenção de prova por meio ilícito ante a ausência de mandado de busca e apreensão para a entrada na residência do apelante Paulo Roberto, esclareço que tal matéria foi por diversas vezes decidida por esta 1º Câmara Especial que **quando se trata da prática de delito permanente, em que a consumação perpetua-se pelo tempo, resta**

autorizada as buscas efetivas pela autoridade policial sendo prescindível a apresentação de mandado de busca e apreensão. ⁴⁷ (grifou-se)

Por sua vez, o Recurso Extraordinário interposto pelo réu empresário também não foi recebido pela Desembargadora e Presidente do Tribunal de Justiça do estado de Rondônia. Destarte que, esta decisão foi agravada seguindo o artigo 544, paragrafo 1º do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal Federal recebeu o agravo de instrumento contra a decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia, de sorte que o agravo foi provido pelo então ministro Cezar Peluso.

Restou por fim autorizada a subida deste Recurso Extraordinário à corte suprema constitucional.

3.2 O VOTO VENCIDO

O Senhor Ministro Marco Aurélio de Mello proferiu seu voto divergindo da tese apresentada pelo Relator e de todos os outros Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Para contrapor à tese adotada pela maioria do plenário utilizou argumentos como o princípio da legalidade estrita e da competência em sede extraordinária do Supremo Tribunal Federal, que vedam a análise de qualquer outro fato anterior ao Acórdão recorrido.

A linha de raciocínio do Ministro Marco Aurélio é a seguinte:

[...] O tráfico, quanto ao delito em si, exaurira-se na apreensão da droga que estava no caminhão. Poderiam os policiais não ter encontrado, na residência, qualquer indício do tráfico, mas encontraram. Será que esse resultado justifica a invasão, olvidando-se o dispositivo no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal? Não.[...] ⁴⁸

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Pesquisa de Jurisprudência , *ACÓRDÃO*, 1º de outubro de 2008.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550712#2%20-%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO> p. 4. Acesso em: 10 jun. 2016

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência , *Voto*, 5 novembro 2015.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> . p. 57. Acesso em: 1 mai. 2016

Um dos pontos mais debatidos tangia a controvérsia sobre a classificação do crime como permanente ou não, pois essa resposta elucidaria como um todo o caso concreto e poderia destituir a própria admissibilidade do Recurso Extraordinário em pauta. Segue o questionamento do Senhor Ministro:

O crime teve exaurimento quando um dos corréus foi surpreendido conduzindo o veículo e portando a droga. Não se trata de crime permanente. A noção de crime permanente é outra. Agora, receio muito, Presidente, que, a partir de simples suposição-e de bem-intencionados o Brasil está cheio-, coloque-se, sem segundo plano, uma garantia constitucional, que é a inviolabilidade do domicílio. **O próprio juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, mas o policial, então, pode, a partir de capacidade intuitiva, a partir de uma indicação, ao invés de recorrer à autoridade judiciária, simplesmente arrombar a casa, entrar na casa e, então, fazer busca e apreensão e verificar se há, ou não, o tóxico?** Creio que estaremos esvaziando a garantia constitucional prevista no inciso XI do artigo 5º da Carta”⁴⁹ (grifou-se)

Ainda no grifo acima, o Senhor Ministro chama atenção para a desproporcionalidade que se evidencia quando o Poder Judiciário chancela à polícia o poder de decidir sua entrada em casa alheia, seja durante o dia ou à noite, enquanto que o Juiz pode autorizar a busca e apreensão somente durante o dia.

Chamando o bom senso de seus colegas, Marco Aurélio aponta sua própria responsabilidade na interpretação constitucional da garantia que está em questão chamando a esta o devido valor. Para isso, enfatiza que a decisão não pode ser submetida a conveniências normativas de qualquer natureza. A ênfase se faz como descrito a seguir:

Não posso dar esse passo, esvaziando, Presidente, o que se contém no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. **Daqui a pouco, não vai haver mais a garantia constitucional da inviolabilidade, que é a regra,** e a exceção tem que ser interpretada de forma estrita, da inviolabilidade da casa. Não se avança culturalmente assim. Creio que o Brasil precisa combater esse mal maior que é o tráfico de entorpecentes, mas, **em Direito, o meio justifica o fim e não o inverso.**⁵⁰ (grifou-se)

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> . p. 31. Acesso em: 1 jun. 2016

⁵⁰ Ibidem. p. 42.

Seguindo o raciocínio lógico, típico da legalidade estrita do Direito Penal, pressupõe-se que a prova apreendida após a violação do domicílio do corréu é ilegal. Restando assim apenas a palavra do motorista que, isoladamente, não serve para a condenação.

Desta forma, finaliza o voto provendo o recurso da seguinte forma:

Por isso, peço vênia para, no caso, prover o recurso e ressaltar que a garantia constitucional tem eficácia. Não estou aqui a dizer que não cabe à polícia invadir uma casa quando esteja sendo realmente cometido – considerado o flagrante, portanto – um delito. Não é isso. **Estou considerando as balizas objetivas do caso concreto e, a partir dessas balizas, tenho que não se sustenta a condenação do recorrente.** Provejo o recurso e, no caso, absolvo-o.⁵¹

3.3 O VOTO DO MINISTRO RELATOR

O Senhor Ministro Gilmar Mendes reconhece em seu voto que a falta de um entendimento bem definido sobre a inviolabilidade domiciliar fragiliza a aplicabilidade do direito fundamental que esta representa.

Para tanto, o Ministro Relator realiza em seu estudo um resgate histórico constitucional buscando, na variedade de tipificações desta garantia, alguma resposta que possa findar a questão em pauta.

Cita os tratados internacionais do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ambos nos quais o Brasil é signatário.

O Relator também relata estar ciente do impacto da decisão sobre as comunidades socialmente vulneráveis, tanto é que discorre sobre as ingerências policiais e a arbitrariedade promovida pelo Estado nesses domicílios.

Ilustra seu estudo citando alguns abusos policiais como o “espólio de guerra” ao comentar a publicação *Todo Dia é Segunda-Feira* de autoria do secretário de segurança do Rio de Janeiro, Sr. José Mariano Beltrame.

Assim escreve o Ministro Relator:

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 603616-RO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>. p. 57. Acesso em: 1 mai. 2016

Narra ele que, após a ocupação de favelas cariocas, os policiais faziam buscas nas casas da comunidade, o que levava a prisões de fugitivos e a apreensão de grandes quantidades de armas e drogas escondidas pelos traficantes nos barracos. Comentando o rescaldo da tomada do Complexo do Alemão. [...] Em seguida, descreve abuso na execução da medida, a prática de ‘espólio de guerra’, **ou seja, furto de bens que guarneciam as residências.** ⁵²(grifou-se)

Em seguida, reúne farta jurisprudência das Supremas Cortes brasileiras como *habeas corpus* e agravos regimentais no agravo em recurso especial. O Relator visa demonstrar que a interpretação utilizada nesses julgados causa problemas.

Estas decisões permitem a entrada no domicílio em casos de flagrante de crime permanente e, sem limites estipulados pelo Poder Judiciário, a arbitrariedade causa problemas:

Considerado o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150,§2º, do C.P. Ou seja, o policial estaria assumindo o risco de perpetrar um crime, salvo se tiver sucesso em sua diligência. **Isso dá ao policial um perigoso incentivo. Ou desvenda o crime, ou responde pessoal e criminalmente pela violação de domicílio.** ⁵³ (grifou-se)

Seguindo na sua sustentação o Ministro vai além. Destaca a proteção do domicílio contra ingerências arbitrárias previstos nos Pactos de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. E afirma:

A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. **Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida.**[...] A proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois. ⁵⁴ (grifou-se)

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 603616-RO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>. p.58. Acesso em: 1 mai. 2016

⁵³ Ibidem p.18.

⁵⁴ Ibidem p.19.

3.4 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

O estudo que precede a tese do relator citou, de forma ponderada, interpretações de constituições estrangeiras e tipificações históricas da inviolabilidade domiciliar desde as primeiras constituições. Porém o voto do Relator Ministro Gilmar Mendes pendeu para a aceitação da tese que defende a prática policial da entrada em domicílio. Entrada esta que é avalizada pelo flagrante de crime permanente.

Nesse caso, entende-se o flagrante permanente na categoria de emergências que permitem a entrada de terceiros no domicílio alheio inclusive à noite.

A inovação promovida pela corte nesta decisão com repercussão geral se restringe à imposição de um controle judicial “*ex post factum*”. Esse requisito para validação do ato policial é assim descrito:

No controle *a posteriori*, a legislação permite aos agentes da administração desde logo atuar, realizando a medida invasiva. Apenas depois de sua concretização, o terceiro imparcial verifica se os agentes da administração agiram de acordo com o direito, analisando se estavam presentes os pressupostos da medida e se sua execução foi conforme o direito.⁵⁵

A construção de tal argumento se dá através da interpretação por analogia ao modelo probatório da busca e apreensão domiciliar previsto no parágrafo 1º do artigo 240 do Código de Processo Penal.

Verifica-se na comparação:

[...] Em consequência, **resta fortalecer o controle a posteriori, exigindo dos policiais a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa**. Ou seja, que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente. **O modelo probatório é o mesmo da busca e apreensão domiciliar – fundadas razões**, art. 240, §1º, do CPP. Trata-se de exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas. [...] ⁵⁶ (grifou-se)

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 603616-RO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> p.21. Acesso em: 1 abr. 2016

⁵⁶Ibidem p.22.

Destaca-se a importância da comunicação imediata ao juízo para análise da legalidade da diligência invasiva e sua possível validação. Esta invocação segue o procedimento da prisão em flagrante, previsto no artigo 5º, LXI da Constituição Federal.

Na sequência o Ministro enfatiza os métodos de validação já previstos e utilizados no caso de busca e apreensão, citando o artigo 240, §1º do Código de Processo Penal.

Através desses exemplos fundamenta sua decisão no sentido de implementar a obrigação da força policial demonstrar posteriormente o momento da diligência que tal medida invasiva foi adotada mediante justa causa.

Ademais, prevê a aplicabilidade da repercussão geral nos julgados por vir:

A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, **a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos.**⁵⁷ (grifou-se)

Antes de concluir o voto acaba contrariando a expectativa de repercussão geral da aplicação da garantia. O Relator restringiu os efeitos da sua tese. Apesar da ocorrência de diligências que, autorizadas por mandado de busca e apreensão, acabam por revelar situações ilícitas diferentes das especificadas no mandado.

Pois bem, a tese esquivava-se a discutir o alcance da especificidade do mandado de busca e apreensão.

Depreende-se do voto do Relator:

Também é comum que, no cumprimento de mandados de busca e apreensão, revelem-se situações de flagrante delito não previstas no objeto inicial. **Numa busca por drogas, por exemplo, podem-se encontrar armas de uso proibido.** Em princípio, o ingresso forçado está autorizado, pelo que não se cogita de vulneração da garantia da inviolabilidade de domicílio. **No entanto, novamente, os limites da prática não são aqui debatidos.**⁵⁸ (grifou-se)

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> p.24. Acesso em: 1 abr. 2016

⁵⁸ Ibidem p.25.

O Recurso Extraordinário contou com as duas Defensorias Públicas dos maiores estados do país como *Amicus Curiae*. As duas defensorias centraram na questão da repercussão social e o alcance do direito constitucional nas comunidades socialmente vulneráveis, temas que tomaram inclusive boa parte da discussão do próprio voto do Relator. Demonstra-se abaixo:

Essa prática está em nítido confronto com normas constitucionais de proteção à intimidade, à privacidade e ao domicílio, bem como normas infraconstitucionais que disciplinam a busca e apreensão que devem, em regra, ser precedidas de mandado judicial.[...] Noutra perspectiva, **esse modo de atuação da polícia não se aplica de maneira homogênea como prática indistinta de abordagem em todo o perímetro das cidades, mas contra determinadas camadas sociais em determinados bairros periféricos, evidenciando o caráter seletivo e antidemocrático dessa prática.** ⁵⁹ (grifou-se)

No mesmo sentido se manifestou a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

Em 03.05.2013, a Defensoria Pública foi procurada por moradores do complexo de favelas da Maré, que reclamaram de invasões de seus domicílios por agentes da Polícia Militar durante a operação de combate ao tráfico de drogas. Na ocasião, o Defensor Público Henrique Guelber, na época Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos, declarou à imprensa: “É lamentável que isso seja uma realidade que cada vez mais acontece. Policiais sem qualquer mandado invadem casas de moradores”. **Portanto, essa situação é corriqueira nas comunidades mais pobres do Rio de Janeiro e a população busca a Defensoria Pública para a garantia dos seus direitos constitucionais.**[...] Portanto, diante da política de segurança pública de ocupação das favelas no Rio de Janeiro e da atuação da Defensoria Pública durante essas operações na defesa dos direitos dos moradores, **não se pode negar que a futura decisão desta Eg. Corte Suprema surtirá relevantes efeitos para o público atendido pela requerente.** ⁶⁰(grifou-se)

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência, *Manifestação de Amicus Curiae*, 4 novembro 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9728795&ad=s#20%20%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20de%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201>> Acesso em: 1 abr. 2016. p. 17.

⁶⁰ Ibidem p. 4 e 5.

Apesar de toda a participação e estudo do Relator, de acordo com o Voto do Recurso Extraordinário, este estudo não comporta análise no presente tema. Da forma que pode ser conferida abaixo:

Tampouco se pretende aferir a validade de mandados de busca e apreensão coletivos. Esse expediente, que vem sendo usado em operações em favelas e comunidades conflagradas, testa os limites da garantia contra a inviolabilidade da casa de formas que não comportariam análise no presente tema. ⁶¹ (grifou-se)

Ademais, estão excluídas da repercussão geral as questões a respeito da entrada de policiais com a permissão do morador. Existe o entendimento que a presença policial é fator intimidador suficiente para viciar o consentimento, já que a presença da autoridade policial seria suficiente para constranger o morador.

Furta-se à repercussão geral da seguinte forma:

Outra questão não apreciada é a validade do consentimento do morador. As hipóteses concretas podem revelar desdobramentos complexos, seja quanto à prova do consentimento, seja quanto a sua validade e suficiência. A Suprema Corte dos Estados Unidos vê com desconfiança o consentimento do morador obtido pelo agente estatal ‘sob autoridade governamental’ (*under government authority*) ou ‘sob as cores do uniforme’ (*under color of office*) – respectivamente, casos *Amos v. United States*, 255 U.S. 313(1921) e caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948). Já houve algum debate sobre o assunto no HC 79.512, Rel.Min Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1999. **O tema em julgamento, no entanto, não se presta a resolver a questão.** ⁶² (grifou-se)

No intuito de valorizar tanto o direito à inviolabilidade de domicílio quanto a segurança jurídica do ato de agente estatal, o Ministro Gilmar Mendes aumenta a solenidade do rito de diligência invasiva sem mandado judicial acrescentando a validação obrigatória *a posteriori*. Assim ficam permitidos o ingresso forçado de agentes em domicílio desde que justificadas. Inclusive no período noturno, vide a seguir:

⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> p.25. Acesso em: 1 abr. 2016

⁶² *ibidem* p.25.

Em suma, proponho seja fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, **é válida, mesmo no período noturno**, desde que amparada em fundadas razões que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito. ⁶³ (grifou-se)

Desta forma a questão é resolvida, encerrando-se a celeuma e restringindo a decisão do Acórdão à “repercussão geral” de casos particularmente semelhantes ao que deu origem ao Recurso Extraordinário 603616-RO.

No caso concreto, a entrada dos policiais mesmo no período da noite é franqueada pela justificativa *a posteriori*. A delação de seu empregado, o motorista, justificou o ato da entrada no domicílio.

Por fim, o processo recorrido não se adequou à tese desenvolvida nesse Acórdão. O que resultou no indeferimento do Recurso, como demonstrado abaixo:

Assim, a tese do recorrente está em desacordo com a interpretação fixada por esta decisão.

As demais teses do recorrente fogem aos limites da admissão de repercussão geral ao recurso extraordinário, pelo que não serão debatidas. ⁶⁴ (grifou-se)

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> p.26. Acesso em: 5 jun. 2016

⁶⁴ *ibidem* p.27.

4 CONCLUSÃO

Inicialmente o estudo realizado possibilitou, através do resgate do contexto histórico, compreender a natureza da origem em que o Direito à Inviolabilidade de Domicílio surgiu e o porquê se consolidou nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental.

Foram verificadas as modificações ocorridas nesse lapso de tempo e como o legislador cingiu esse direito ao texto constitucional.

Constataram-se inclusive as diferentes terminologias que, dependendo da semântica utilizada, atribuem maior ou menor alcance para o direito fundamental em questão. Termos os quais se incluem o Lar, o Domicílio, Busca, Apreensão, flagrante delito e o sentido urgência. Dentro desses diversos termos e sentidos relacionados ao Direito à Inviolabilidade de Domicílio prevalece o entendimento de que este é um direito pessoal e não absoluto.

Essa conformação, dividida no direito e suas reservas legais, esta em parte demonstrada por Rui Barbosa na sua obra *República: Teoria e Prática*. Onde o celebre jurista faz a distinção e evidencia a existência, no mesmo dispositivo constitucional, da fixação do direito e sua garantia.

Em um segundo momento foram analisadas as linhas da doutrina quanto à inviolabilidade do domicílio. Verificou-se que parte da comunidade jurídica adota um entendimento lógico-formal da lei, mais especificamente do artigo 303 do Código de Processo Penal. Esta interpretação exegetica adota o conceito de que o flagrante do crime permanente protraí no tempo sujeitando o agente da conduta à exceção do Direito à Inviolabilidade de Domicílio.

Por outro lado surge uma visão doutrinária antagônica a qual defende que questões envolvendo garantias constitucionais devem ser interpretadas pelo prisma finalístico ou teleológico. A interpretação teleológica aduz, a partir de um contexto de intenções presentes no rol de direitos fundamentais, que a regra é a inviolabilidade e o flagrante delito é a exceção. A exceção, materialmente compreendida como a emergência, não pode ser mais corriqueira que a regra, que no caso é a inviolabilidade do lar.

Posteriormente constatou-se a tendência majoritária, por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de aceitar a versão doutrinária de orientação lógico-formal.

Destaca-se do julgamento, com exceção do Ministro Marco Aurélio de Mello, todos os outros Magistrados acompanharam o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes sem formular, sugerir ou alterar a tese adotada no Acórdão.

Portanto, diante da enorme parcela população desprovida do Direito à Inviolabilidade de Domicílio, numa afronta desregrada e absurda promovida pelo próprio estado garantidor, o Acórdão do Recurso Extraordinário 603616-RO em sua característica de repercussão geral esvazia a expectativa do cidadão, sujeito do direito.

Verificou-se que, seguindo a beneplácita interpretação lógico formal sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Rondônia insistiu em negar provimento à subida do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Este Recurso só alcançou seu fim devido a um agravo de instrumento acolhido pelo então Ministro Antônio Cezar Peluso.

As normas referentes às questões que envolvem a inviolabilidade domiciliar são de natureza constitucional, mas, invertendo a hierarquia das leis, a interpretação penal prevaleceu neste acórdão, conforme a exegese do artigo 303 do Código de Processo Penal.

Repetindo a menção feita pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, no Direito o meio justifica o fim e não o contrário.

Por fim, foram analisados os votos do Relator Ministro Gilmar Mendes o qual foi acompanhado pela maioria dos Ministros da casa e o voto divergente do Senhor Ministro Marco Aurélio em sua tese vencida.

Nessa análise conjunta observou-se que a tese vencida demonstrou algumas incongruências entre a legislação e a norma.

A principal incoerência é a liberalidade que a norma atribui ao agente público. Segundo a decisão, o policial passa a poder decidir quando, onde, como entrar e o que apreender em qualquer domicílio. Desde que justifique seus atos em juízo *a posteriori*. Por outro lado, a Lei limita ao Juiz apenas autorizar a entrada no domicílio durante o período diurno.

Essa atribuição põe em risco um direito fundamental enquanto, por outro lado, praticamente inexistente chance do agente do Estado ter alguma infração de sua parte apurada.

A decisão proferida em Acórdão frustrou parte da comunidade jurídica, quanto à abrangência limitada à que se propôs quando se restringiu a analisar apenas o caso concreto recorrido. Por fim, conclui-se que o Direito à Inviolabilidade de Domicílio ainda não se materializa por completo na relação entre o cidadão e o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Claudio Prado. Gecap-USP. Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/162-inviolabilidade-do-domicilio-e-flagrante-de-crime-permanente-por-claudio-amaral>. Acesso em: 1 mai. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616-RO. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Pesquisa de Jurisprudência, *ACÓRDÃO*, 1º de outubro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550712#2%20-%20AC%D3RD%C3O%20RECORRIDO> Acesso em: 10 jun. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616-RO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, *Voto*, 5 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027#31%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o> Acesso em: 1 mai. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616-RO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência, *Manifestação de Amicus Curiae*, 4 novembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9728795&ad=s#20%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201>. Acesso em: 1 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616-RO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisa de Jurisprudência, *Manifestação de Amicus Curiae*, 15 setembro 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9401662&ad=s#11%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%201>. Acesso em: 1 abr. 2016

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago->

[01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes](#) Acesso em: 1 abr. 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.

DA COSTA, Fernando; FILHO, Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA COSTA, Fernando; FILHO, Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado - v1*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Rui. *República: Teoria e Prática*. Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1978

MORAES de, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

SILVA, Paulo Napoleão Nélson Basile Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1996.

DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007

VIEIRA, Marco Aurélio Vicente.. *Inviolabilidade de advogados não é privilégio*. Conj. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-21/advogado-inviolavel-manifestacoes-juizo-fora-dele>. Acesso em: 5 de jun. 2016.

DOTTI, René Ariel, *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980